

Bewijs van de verkoop van een onroerend goed: jurisprudentiële ontwikkelingen

Wannes Vandenbussche
FWO-aspirant Instituut voor Verbintenissenrecht KU Leuven

Inleiding

1. [236] Deze bijdrage vormt het tweede luik van een diptiek die gewijd is aan de jurisprudentiële ontwikkelingen inzake de verkoop van een onroerend goed. In het eerste luik behandelt JENNIFER CALLEBAUT de totstandkoming van de overeenkomst. Nu richten we onze aandacht op het bewijs. Om een overeenkomst in rechte af te dwingen, is het niet voldoende dat deze geldig tot stand is gekomen. Wanneer er tussen partijen een geschil rijst over die overeenkomst, zal degene die de uitvoering ervan vordert deze moeten bewijzen. Zoals een bepaalde rechtbank zelf uitdrukt: “*Het bestaan van wilsovereenstemming is één zaak, het naar recht vereiste bewijs is een andere zaak.*”¹ Het bewijzen van de overeenkomst komt neer op het overtuigen van de rechter van het bestaan ervan aan de hand van concrete bewijselementen.²

In heel wat omstandigheden kunnen partijen het bewijs leveren met alle middelen van recht (zoals bij een onrechtmatige daad of een quasi-contract). Dat is niet het geval voor de verkoop van een onroerend goed tussen particulieren. Aangezien het gaat om het bewijs van een rechtshandeling waarvan de waarde meer bedraagt dan 375 EUR, is in principe een akte vereist (art. 1341 BW). Dat is wat men omschrijft als het gereguleerde vermogensrechtelijke bewijsstelsel.

Het wekt geen verbazing dat *anno* 2017 heel wat discussies terug te brengen zijn tot die regel. In de vastgoedsector is het heel gebruikelijk dat makelaars, kopers en verkopers via moderne communicatiemiddelen onderhandelen over een bod en daar mogelijkwerijs ook op ingaan. Wanneer naderhand discussie ontstaat en nog geen compromis is ondertekend, zijn die e-mails of sms-berichten de enige concrete bewijselementen waarover partijen beschikken. De centrale vraag is dus in welke mate deze kunnen voldoen aan de vereisten van het gereguleerde bewijsstelsel.

2. Dit artikel beoogt een overzicht te bieden van de rechtspraak en rechtsleer die de afgelopen jaren over het thema verschenen is, in combinatie met een analyse van de vonnissen

¹ Rb. Oost-Vlaanderen 3 maart 2017, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer); Rb. Oost-Vlaanderen 15 april 2016, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer).

² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 325, nr. 3; J. EGGENS, “De beginselen van het burgerlijk bewijs” in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, II, Haarlem, Erven Bohn, 1959, (280) 281.

en arresten die te vinden zijn in deze editie van het *Tijdschrift voor Bouwrecht en Onroerend Goed*.

In de meeste van die uitspraken gaat de rechter uit van het traditionele uitgangspunt dat de verkoop van het onroerend goed een consensueel contract is.³ Deze zou tot stand komen door een overeenstemming tussen partijen “*omtrent de zaak en de prijs*” (art. 1583 BW). Het hof van beroep te Antwerpen wijkt in een aantal opmerkelijke uitspraken af van die zienswijze. In die arresten beslist het hof dat de verkoop een onroerend goed veeleer een plechtig contract is, dat niet tot stand kan komen via elektronische weg. Toch voegt het daar onmiddellijk aan toe dat partijen zich ook niet op e-mails kunnen beroepen om het bewijs te leveren van het bestaan van de overeenkomst.⁴ Eigenlijk is die toevoeging overbodig tot zelfs tegenstrijdig. Als een overeenkomst niet tot stand is gekomen, heeft het geen zin meer om nog verder in te gaan op het bewijs ervan.⁵

In alle zaken komt het uitgangspunt eigenlijk op hetzelfde neer. Op het moment dat alles in orde lijkt om een succesvolle verkoop te laten plaatsvinden, ontstaat discussie tussen partijen. Ofwel wil de verkoper terugkomen op de vermeende koop. Dat is het geval wanneer hij een derde een hogere prijs heeft geboden. Ofwel komt de koper naderhand tot het besef dat hij een te hoog bod heeft uitgebracht en hoopt hij alsnog onder de koop onderuit te kunnen. De verkoper heeft intussen de zoektocht naar een koper stopgezet en vreest niemand meer te vinden die dezelfde prijs wil bieden.⁶ In beide scenario's acht de andere [237] partij zich dus gebonden en wil zij de overeenkomst in rechte afdwingen. Daartoe legt zij een aantal e-mails of sms-berichten voor waaruit de instemming van beide partijen moet blijken.

3. Hierna volgt eerst een duiding van het algemene kader. Daarbij gaan we in op de twee determinerende bestanddelen van het geschrift in de zin van art. 1341 BW: de handtekening en het geschrift (I). In het tweede deel richten we onze aandacht op de hypothese van de verkoop van een onroerend goed tussen natuurlijke personen. Daarbij maken we een onderscheid tussen drie deelscenario's: de totstandkoming van de verkoop via de uitwisseling van e-mails of sms-berichten, de totstandkoming via e-mail met een gescand document in bijlage en de bevestiging van de verkoop via e-mail of sms (II). In een derde deel bestuderen we de hypothese waarbij het goed verkocht wordt door een vastgoedpromotor (III).

³ C. CHRISTIAENS, “Art. 1582-1583 BW” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1998, nr. IV; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2005, 23, nr. 28.

⁴ Antwerpen 19 december 2016, TBO 2017, *** (zie verder in dit nummer); Antwerpen 5 september 2016, *** (zie verder in dit nummer).

⁵ Door niettemin in te gaan op de bewijsrechtelijke dimensie, houdt het hof van beroep te Antwerpen er volgens CALLEBAUT toch rekening mee dat de verkoop volgens de traditionele consensuele zienswijze tot stand is gekomen (J. CALLEBAUT, “Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016”, *NJW* 2017, (210) 214, nr. 14).

⁶ Zie o.m. G. SOMERS en B. FITEN, “Geen e-mail om huis te (ver)kopen. Veel heisa om niets”, *Juristenkrant* 2017, afl. 346; 13.

I. Algemeen kader

4. Zoals reeds hoger vermeld, hebben partijen die het bewijs willen leveren van de verkoop van een onroerend goed in principe een akte nodig (art. 1341 BW). Een akte is een geschrift dat is opgemaakt om tot bewijs te dienen van een rechtshandeling. Ze wordt ondertekend door de partijen en/of door een openbaar ambtenaar (een notaris, een rechter, een gerechtsdeurwaarder...).⁷ In het eerste geval gaat het om een onderhandse akte. In het tweede betreft het een authentieke akte.

Aangezien een e-mail of sms-bericht tussen partijen niet in aanmerking komt als een authentieke akte, is het vooral belangrijk om na te gaan wat een onderhandse akte precies inhoudt. MOUGENOT omschrijft een onderhandse akte als een geschrift dat is opgesteld door particulieren en door hen is ondertekend.⁸ Het bevat twee elementen: de handtekening (A) en het geschrift (B).

A. De handtekening

5. De handtekening is de eerste voorwaarde van een onderhandse akte. Over het algemeen gaat men ervan uit dat de vereiste van een handtekening twee functies vervult: identificatie en confirmatie. Identificatie betekent dat de handtekening moet toelaten om de auteur van de akte te identificeren. Confirmatie houdt in dat de handtekening het akkoord van de auteur met de inhoud van de akte tot uiting moet brengen.⁹ Soms voegt men daar nog een derde functie aan toe, de integriteitsfunctie. De handtekening verleent aan de akte zijn origineel karakter en waarborgt aldus de integriteit van de inhoud.¹⁰

Tegenwoordig is het plaatsen van een handgeschreven handtekening op een papieren drager niet de enige manier om een akte op te stellen. Samen met de doorbraak van de nieuwe technologieën eind jaren negentig, hebben zowel de handtekening als het geschrift een nieuwe *functionele* invulling gekregen.

⁷ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 785, nr. 215; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Recente ontwikkelingen in het burgerlijk bewijsrecht” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging. 22ste VRG-Aumnidag 2015*, Maklu, Antwerpen, 2015, (55) 60; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 168, nr. 225.

⁸ D. MOUGENOT, “La preuve et les technologies nouvelles” in B. FOSSEPREZ en A. PUTZ (eds.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 161-162, nr. 2.

⁹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 785, nr. 215; I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Recente ontwikkelingen in het burgerlijk bewijsrecht” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging. 22ste VRG-Aumnidag 2015*, Maklu, Antwerpen, 2015, (55) 60; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, die Keure, 2009, 168, nr. 225.

¹⁰ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 253, nr. 471; D. GOBERT en E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l’approche fonctionnelle”, *DAOR* 2017, (17) 18; D. MOUGENOT, *La preuve* in *Rép.not.*, IV, *Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 189, nr. 109.

Voor de handtekening hebben de wetten van 20 oktober 2000¹¹ en 9 juli 2001¹² voor een verruiming van het handtekeningbegrip en voor de invoering van de elektronische handtekening gezorgd. De wet van 9 juli 2001, die een omzetting vormde van de Europese richtlijn elektronische handtekeningen, is intussen opgeheven door de wet van 21 juli 2016.¹³ Thans gelden de bepalingen van de Europese verordening van 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt¹⁴, waarvan de inhoud grotendeels overeenstemt met die van de vroegere wet van 9 juli 2001.

6. Door die verschillende ingrepen van de Belgische en Europese wetgever bestaan er op dit moment drie soorten elektronische handtekeningen in het Belgische recht.

Ten eerste is er de gewone elektronische handtekening. Deze omvat gegevens in elektronische vorm die gehecht zijn aan of logisch verbonden zijn met andere gegevens in elektronische vorm en die door de ondertekenaar worden gebruikt om te ondertekenen (art. 3, 10° van de verordening 910/2014). Het rechtsgevolg van zo'n handtekening en de toelaatbaarheid ervan als [238] bewijsmiddel mogen niet worden ontkend louter op grond van het feit dat de handtekening elektronisch is of niet aan de eisen voor gekwalificeerde elektronische handtekeningen voldoet (art. 25, lid 1 van de verordening 910/2014). Daarnaast bevat art. 1322, tweede lid BW eveneens een regeling voor de gewone elektronische handtekening, maar dan specifiek in het licht van de vereisten van een onderhandse akte. Volgens deze bepaling *“kan, voor de toepassing van dit artikel, voldoen aan de vereiste van een handtekening, een geheel van elektronische gegevens dat aan een bepaalde persoon kan worden toegerekend en het behoud van de integriteit van de inhoud van de akte aantoont”*. De rechter moet dus telkens nagaan of aan een aantal functionele voorwaarden (identificatie-, toerekenbaarheids- en integriteitsfunctie) is voldaan.¹⁵ In principe komen er meerdere systemen in aanmerking als gewone elektronische handtekening (zoals een gescande handtekening, een handtekening met een plastic pennetje op een touchscreen of een pincode).¹⁶

¹¹ Wet 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure, *BS* 22 september 2000, 42.698.

¹² Wet 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten, *BS* 29 september 2001, 33.070.

¹³ Wet 21 juli 2016 tot uitvoering en aanvulling van Verord. EP en Raad, nr. 910/2014, 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, houdende invoeging van titel 2 in boek XII “Recht van de elektronische economie” van het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan titel 2 van boek XII en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan titel 2 van boek XII, in de boeken I, XV en XVII van het Wetboek van economisch recht, *BS* 28 september 2016, 67.478.

¹⁴ Verord. EP en Raad, nr. 910/2014, 23 juli 2014 betreffende de elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van Richtlijn 1999/93/EG, *Pb.L.* 19 januari 2001, afl. 13, 12-20.

¹⁵ P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (97) 127, nr. 17.

¹⁶ N. BASTIAENS, “Digitaliseren van ondertekenen documenten”, *Or.* 2014, 141; H. GRAUX, “De eIDAS-Verordening en de Begeleidende Belgische Wetgeving: Nieuwe marsorders voor elektronische handtekeningen

Ten tweede is er de geavanceerde elektronische handtekening. Deze voldoet aan vier vereisten. Ze is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden, maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren; komt tot stand met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken, en is op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord (art. 3, 11° *juncto* art. 26 van de verordening 910/2014). De verordening kent aan dit type handtekening eigenlijk geen andere juridische gevolgen toe dan aan de gewone elektronische handtekening. Sommige auteurs stellen het nut van die aparte categorie dan ook openlijk in vraag.¹⁷ Anderen nuanceren die zienswijze. Een rechter die moet oordelen over een geavanceerde elektronische handtekening zal geneigd zijn om daar een hogere bewijswaarde aan toe te kennen dan aan de gewone elektronische handtekening, omdat deze op een meer betrouwbaar systeem berust.¹⁸ In ieder geval zou dit type handtekening in de praktijk slechts uitzonderlijk opduiken.¹⁹

Ten derde is er de gekwalificeerde elektronische handtekening. Dat is een handtekening die is aangemaakt met een gekwalificeerd middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen en die gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat voor elektronische handtekeningen (art. 3, 12° van de verordening 910/2014). Een gekwalificeerde elektronische handtekening heeft hetzelfde rechtsgevolg als een handgeschreven handtekening (art. 25, lid 2 van de verordening 910/2014).²⁰ Op dit moment is de meest voorkomende verschijningsvorm, deze die steunt op het gebruik van de elektronische identiteitskaart.²¹

B. Het geschrift

7. Anders dan voor de handtekening (art. 1322, tweede lid BW), achtte de Belgische wetgever het begin jaren 2000 niet noodzakelijk om voor het geschrift een functionele definitie in het Burgerlijk Wetboek in te schrijven. In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 20 oktober 2000 vermeldt de wetgever dat de rechtspraak en rechtsleer het er in groeiende mate

en andere vertrouwensdiensten”, *Cah.Jur.* 2016, (53) 54; J.-B. HUBIN, “La preuve électronique: développements récents et perspectives futures” in C. DELFORGE, *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, (90) 99, nr. 7; D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 198-199, nr. 121.

¹⁷ H. JACQUEMIN, “Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016”, *JT* 2017 (198) 199, nr. 7.

¹⁸ B. LOSDYCK, “L’usage de signatures électroniques dans le cadre du Règlement eIDAS” in H. JACQUEMIN, *L’identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 163, nr. 30.

¹⁹ J.-B. HUBIN, “La preuve électronique: développements récents et perspectives futures” in C. DELFORGE, *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, (90) 99, nr. 8.

²⁰ Dit stemt overeen met het voormalige art. 4, § 4 van de wet van 9 juli 2001: “Onverminderd de artikelen 1323 en volgende van het Burgerlijk Wetboek wordt een geavanceerde elektronische handtekening, gerealiseerd op basis van een gekwalificeerd certificaat en aangemaakt door een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening, geassimileerd met een handgeschreven handtekening ongeacht of deze handtekening gerealiseerd wordt door een natuurlijke dan wel door een rechtspersoon.”

²¹ J.-B. HUBIN, “La preuve électronique: développements récents et perspectives futures” in C. DELFORGE, *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Brussel, Larcier, 2017, (90) 100, nr. 9.

over eens waren dat een ruime interpretatie van het geschrift aangewezen was. Niet enkel een handgeschreven of gedrukte tekst op een papieren drager mocht als geschrift worden aanzien.²²

Daarnaast omschrijft diezelfde parlementaire voorbereiding de drie functionele kwaliteiten die een papieren document kenmerken en de doorslaggevende functie ervan rechtvaardigen. Dat zijn de onveranderlijkheid, de leesbaarheid en de stabiliteit. Enkel met betrekking tot dat laatste aspect merkt de wetgever op dat die voorwaarde moeilijker te vervullen is bij elektronische geschriften. Opslagmiddelen zouden snel verouderen en nieuwe overschrijvingen vereisen. Toch besluit de wetgever dat wanneer veiligheidsmaatregelen zijn genomen om de onveranderlijkheid, de leesbaarheid en de stabiliteit van een elektronisch document te verzekeren, dit document het statuut van geschrift in de zin van het Burgerlijk Wetboek toegekend moet krijgen.²³

8. Daarnaast is er in het Belgische recht één bijzondere wettelijke regeling te vinden die uitdrukkelijk bepaalt dat een geschrift in elektronische vorm kan worden opgemaakt. Dat is de wet van 11 maart 2003 inzake de elektronische handel (in-[239]-middels boek XII WER), die de omzetting vormt van de gelijkaardige Europese richtlijn.²⁴ Deze regeling is ingesteld om tegemoet te komen aan de moeilijkheden die men bij het contracteren langs elektronische weg kon ondervinden om eventuele vormvereisten, opgelegd door andere wettelijke regelingen, na te leven. Overeenkomstig art XII.15 WER is aan elke vormvereiste voor de totstandkoming van contracten langs elektronische weg voldaan wanneer de functionele kwaliteiten van deze vereiste zijn gevrijwaard (de zogenaamde functionele gelijkwaardigheid). Voor de vereiste van een geschrift betekent dat specifiek dat daaraan is voldaan “*door een opeenvolging van verstaanbare tekens die toegankelijk zijn voor een latere raadpleging, welke ook de drager en de transmissiemodaliteiten ervan zijn*” (art XII.15, § 2, tweede streepje WER).

Letterlijk spreekt de wet enkel van vormvereisten voor de totstandkoming, maar in de parlementaire voorbereiding²⁵ en de rechtsleer²⁶ wordt aangenomen dat deze bepaling ook van toepassing is op vormvereisten voor het bewijs. Een eerste reden daarvoor is dat de term

²² Amendement (REGERING) bij de wetsvoorstel tot introductie van nieuwe telecommunicatiemiddelen in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 50-0038/6, 11.

²³ *Ibid.*, 6-7.

²⁴ Richtl. EP en Raad, nr. 2000/31/EG, 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, *Pb.L.* 17 juli 2000, afl. 178, 1-6.

²⁵ MvT bij Wetsontwerp betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Parl. St.* 2002-03, nr. 2100/001, 9.

²⁶ R. BISCIARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, 155; R. BISCIARI, “Het bewijs in de elektronische context”, in X., *Elektronische handel – Juridische en praktische aspecten*, Heule, UGA, 2004, 278; D. MOUGENOT, “La preuve et les technologies nouvelles” in B. FOSSÉPREZ en A. PUTZ (eds.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 161-162, nr. 2; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 170, nr. 229; E. TERRYEN en J. GODDAER, “Boek XII. Recht van de elektronische economie” in E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (303) 324, nr. 44; P. VAN EECKE, “Elektronische handel, juridische stand van zaken”, in P. VAN EECKE (ed.), *Recht & elektronische handel*, Gent, Larcier, 2011, 209 en 214.

“totstandkoming” in de zin van art. XII.15 WER een andere invulling krijgt dan de klassieke betekenis in de zin van art. 1583 BW. Volgens de ratio van art. XII.15 WER zou een overeenkomst pas tot stand kunnen komen wanneer zij volledige uitwerking kan hebben.²⁷ Aldus zouden alle etappes van de totstandkoming van contracten worden bedoeld. Het gaat dan om alle stadia, gaande van de periode voorafgaand aan het contract (waaronder de reclameprospectussen, het schriftelijk aanbod en andere documenten) tot de wijziging, registratie of eventuele neerlegging ervan.²⁸ De tweede reden is dat ook het begrip “vormvereiste” een zeer ruime interpretatie moet krijgen. De parlementaire voorbereiding somt zelf een aantal voorvoorschriften op die het zou omvatten: de eis van een papieren drager, kennisgeving of geschrift, de noodzaak van een handtekening, handgeschreven vermeldingen of het versturen van een brief of een ter post aangetekende brief, de verwijzing naar het gebruik van een bijzonder document of formulier of de noodzaak verscheidene exemplaren te creëren. Kortom de versoepeling geldt dus in principe voor alle vormvoorschriften die het juridisch onmogelijk maken om een contract te sluiten via elektronische communicatiemiddelen of de juridische uitwerking ervan zouden kunnen beperken.²⁹

Heel wat discussies over de verkoop van onroerende goederen zijn terug te brengen tot de volgende bepaling van de wet elektronische handel, namelijk art. XII.16, 1° WER. Dit artikel bevat een expliciete uitzondering voor contracten met betrekking tot onroerende goederen: “*Artikel XII.15 is niet van toepassing op de contracten [...] die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten.*” Die bepaling laat dus uitschijnen dat de verzachting van de wettelijke vormvereisten voor het bewijs (geschrift en handtekening) niet geldt wanneer de overeenkomst rechten overdraagt ten aanzien van onroerende goederen. Een aantal feitenrechters geven art. XII.16, 1° WER een strengere invulling. Ze lezen er een verbod in op vastgoedverrichtingen langs elektronische weg³⁰ of een uitsluiting van de mogelijkheid tot bewijs van dergelijke overeenkomsten aan de hand van elektronische documenten.³¹

II. Verkoop tussen natuurlijke personen

A. Uitwisseling van e-mails of sms-berichten

1° Schriftelijk bewijs

9. Uit het voorgaande overzicht blijkt dat een geschrift in de zin van art. 1341 BW niet langer een papieren document moet zijn, maar ook een elektronisch document mag zijn. Toch

²⁷ J. CALLEBAUT, “Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016”, *NJW* 2017, (210) 213, nr. 11.

²⁸ MvT bij Wetsontwerp betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Parl. St.* 2002-03, nr. 2100/001, 41-42

²⁹ *Ibid.*, 42.

³⁰ Rb. Oost-Vlaanderen 3 maart 2017, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer).

³¹ Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer); Rb. Oost-Vlaanderen 13 november 2015, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer).

is meteen ook duidelijk dat e-mails of sms-berichten waarmee particulieren een verkoopovereenkomst sluiten meestal niet in aanmerking komen als onderhandse akten. Er zijn twee grote struikelblokken.

Ten eerste zijn e-mails in het merendeel van de gevallen niet elektronisch ondertekend.³² Voor sms-berichten is dat zelfs nooit het geval. Het gebruik van de elektronische handtekening in het rechtsverkeer blijft tot op heden marginaal.³³ Zo merkt het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 24 ja-[240]-nuari 2011 op dat “*e-mails geen digitale handtekening, geen identificatiegegevens, maar enkel de namen van de partijen bevatten*”.³⁴ Het plaatsen van een naam of roepnaam onder een e-mail is echter niet voldoende om op zekere wijze een bericht toe te schrijven aan een bepaalde persoon.³⁵

Ten tweede is er art. XII.16, 1° WER, die laat uitschijnen dat de verzachting van de wettelijke vormvereisten voor het bewijs niet geldt wanneer de overeenkomst rechten overdraagt ten aanzien van onroerende goederen. De rechtspraak steunt zich dan ook op die bepaling om te beslissen dat e-mails of sms-berichten geen geschrift in de zin van art. 1341 BW kunnen uitmaken bij de verkoop van een onroerend goed.³⁶

10. Een interessante vraag is of art. XII.16, 1° WER ook het bewijs van de verkoop van een onroerend goed via e-mail verhindert in de hypothese dat deze wel elektronisch ondertekend is.

Hierover zijn tegenstrijdige opvattingen te vinden in de Belgische doctrine. TERRYEN en GODDAER zijn van mening dat het ondanks die uitzondering in art. XII.16 WER toch mogelijk is om op basis van het gemeen recht de overdracht van een onroerend goed te bewijzen aan de hand van elektronische documenten. Op basis van art. 1322, tweede lid BW is het dus mogelijk om onafhankelijk van art. XII.15 en XII.16 WER een e-mail als een onderhandse akte te beschouwen bij de verkoop van een onroerend goed.³⁷ CALLEBAUT acht deze stelling niet correct. Art. XII.16 WER zou uitsluiten dat aan vormvereisten met betrekking tot het bewijs van de verkoop van een onroerend goed langs elektronische weg wordt voldaan. Volgens haar

³² E. TERRYEN en J. GODDAER, “Boek XII. Recht van de elektronische economie” in E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (303) 326, nr. 48.

³³ D. MOUGENOT, “La preuve et les technologies nouvelles” in B. FOSSÉPREZ en A. PUTZ (eds.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 161-162, nr. 2.

³⁴ Antwerpen 24 januari 2011, 2009/AR/461, *onuitg.*, aangehaald in B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 622, nr. 224.

³⁵ Bergen 26 juni 2001, *JLMB* 2004, 186. Zie ook Arbh. Bergen 23 september 2003, *JTT* 2004, 334.

³⁶ Voor e-mails, zie o.m. Antwerpen 19 december 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Antwerpen 5 september 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Rb. Oost-Vlaanderen 13 november 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Antwerpen 15 juni 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Antwerpen 24 juni 2013, *T.Not.* 2014, 345, noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS. Voor sms-berichten, zie o.m. Gent 26 september 2013, *RW* 2014-15, 258, noot S. MEYS, *TBBR* 2014, 116, noot J. CALLEBAUT, *T.Not.* 2014, 351, noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2.

³⁷ E. TERRYEN en J. GODDAER, “Boek XII. Recht van de elektronische economie” in E. TERRYEN en B. KEIRSBILCK (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (303) 326, nr. 48-49.

is de bepaling duidelijk. De akte die partijen opmaken om de verkoop van een onroerend goed te bewijzen, zou enkel een papieren drager kunnen hebben.³⁸

De bewoordingen van art. XII.15 en XII.16 WER laten inderdaad de ruimte voor verschillende interpretaties. Toch verdient het de voorkeur om art. XII.16 WER op te vatten in die zin dat het bij vastgoedtransacties enkel de toepassing van art. XII.15 WER uitsluit. Het zou een stap te ver zijn om daaruit af te leiden dat elke functionele-equivalentietheorie niet van toepassing kan zijn in die gevallen.³⁹ Een belangrijk argument is dat conflicten tussen rechtsregels weliswaar worden opgelost door voorrang te geven aan de bijzondere regel (“*Lex specialis derogat generali*”). Toch blijft de algemene regel zijn geldingskracht behouden wanneer de bijzondere regel niet van toepassing is.⁴⁰ In de concrete casus biedt de algemene regel uit art. 1322, tweede lid BW de rechter de mogelijkheid om een elektronische handtekening in aanmerking te nemen. Daarnaast acht de wetgever een elektronisch geschrift in lijn met het statuut van het geschrift in het Burgerlijk Wetboek op voorwaarde dat het onveranderlijk, leesbaar en stabiel is (*cf.* randnr. 7). Een e-mail met elektronische handtekening kan dus een schriftelijk bewijs uitmaken, zonder dat het noodzakelijk is om de bepalingen van Boek XII WER daarbij te betrekken.

2° *Begin van bewijs*

11. Wanneer een e-mail of sms-bericht niet in aanmerking komt als een schriftelijk bewijs, is het belangrijk om te achterhalen of het wel een begin van bewijs door geschrift kan uitmaken. De regel van art. 1341 BW lijdt immers uitzondering en getuigen en vermoedens zijn wél toegelaten als bewijsmiddel wanneer er een begin van bewijs door geschrift [241] aanwezig is (art. 1347, eerste lid BW). Een begin van bewijs door geschrift is een geschrift dat uitgaat van de persoon tegen wie men wil bewijzen en dat niet voldoet aan de wettelijke vormvereisten, doch waardoor het te bewijzen feit waarschijnlijk wordt gemaakt (art. 1347, tweede lid BW).

12. Op het eerste gezicht komen e-mails en sms-en in aanmerking als begin van bewijs door geschrift, mits ze aan de drie voorwaarden voldoen (*cf.* randnr. 13). Hoewel art. 1347 BW de term geschreven akte hanteert, komt niet alleen een nietig *instrumentum* in aanmerking. Zo’n nietig *instrumentum* is een geschrift dat werd opgesteld met het oog op de bewijzlevering, maar dat niet voldoet aan alle vereisten. Ook elk ander geschreven document kan in principe onder die bepaling vallen.⁴¹ Aldus zijn er meerdere vonnissen en arresten te vinden die bij de verkoop

³⁸ J. CALLEBAUT, “Verkoop woning via e-mail. Het Antwerpse e-mailarrest van 19 december 2016”, *NJW* 2017, (210) 214, nr. 11.

³⁹ G. SOMERS en B. FITEN, “Geen e-mail om huis te (ver)kopen. Veel heisa om niets”, *Juristenkrant* 2017, afl. 346; 13.

⁴⁰ B. TILLEMEN en B. DEMARSIN, *Inleiding tot de rechtswetenschap. Deel I*, Leuven, Acco, 2016, 53, nr. 110.

⁴¹ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 150-152, nr. 62 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 182, nr. 250.

van onroerend goed beslissen dat een e-mail een begin van bewijs door geschrift kan uitmaken.⁴² Hetzelfde geldt voor sms-berichten.⁴³

Andere feitenrechters weigeren in die context echter e-mails of sms-berichten als begin van bewijs door geschrift te aanvaarden. Gelet op de bepalingen van art. XII.15 en XII.16, 1° WER zou art. 1347 BW niet kunnen worden toegepast in het kader van de bewijsvoering bij de (ver)koop van een onroerend goed.⁴⁴ In een vonnis van 3 maart 2017 drukt de rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen het als volgt uit: “*Art. 1347 BW kan geen vrijgeleide zijn om het gebrek aan onderhandse of authentieke akte gemakkelijk op te vangen. Dit zou immers de bepalingen van art. XII.15 en 16 WER volledig uithollen.*”⁴⁵

Het meest opvallend is dat er soms binnen eenzelfde rechtscollège tegenstrijdige opvattingen te vinden zijn. Zo komt de eerste kamer van het hof van beroep te Antwerpen in het sterk gemediatiseerde arrest van 19 december 2016 tot een negatief antwoord op de vraag of e-mails kunnen gelden als een begin van bewijs.⁴⁶ De vijfde kamer van datzelfde hof beslist daarentegen op 23 maart 2017 dat “*e-mailverkeer kan worden beschouwd als een begin van bewijs door geschrift in de zin van art. 1347 B.W. indien bewezen wordt dat het e-mailverkeer uitgaat van de persoon tegen wie hij wordt ingeroepen en dat deze het beweerde feit waarschijnlijk maakt.*”⁴⁷

De zienswijze dat e-mails of sms-berichten bij vastgoedtransacties omwille van art. XII.15 en XII.16, 1° WER nooit een begin van bewijs door geschrift kunnen uitmaken, verdient afkeuring.⁴⁸ Ten eerste bestond reeds vóór de komst van de Wet Elektronische Handel overeenstemming dat het geschrift zoals vereist in art. 1347 BW ook een elektronisch document

⁴² De eisers leggen drie e-mails voor die als begin van bewijs door geschrift kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 1347 Burgerlijk Wetboek (Rb. Limburg 5 januari 2017, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer)). Een sms - en bij uitbreiding een mail - kan hoogstens als begin van schriftelijk bewijs gelden (Gent 19 februari 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer)). Elektronische documenten kunnen echter wel gelden als begin van bewijs door geschrift in de zin van artikel 1347 BW (Rb. Oost-Vlaanderen 22 mei 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer)).

⁴³ Talrijk is de rechtsleer en de rechtspraak die stelt dat een SMS een geschrift in de zin van art. 1347 BW is. *In casu* is aan de drie voorwaarden voldaan (Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer)). Het sms-bericht in kwestie kan een begin van bewijs door geschrift uitmaken in de zin van artikel 1347 BW (Gent 26 september 2013, *RW* 2014-15, 258, noot S. MEYS, *TBBR* 2014, 116, noot J. CALLEBAUT, *T.Not.* 2014, 351, noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2). Een elektronisch toestel als een gsm waarop semantisch zinvol verbonden lettertekens kunnen verschijnen in de vorm van een sms-bericht, kan bijgevolg drager zijn van een begin van schriftelijk bewijs (Rb. Gent 10 april 2012, *TBO* 2012, (158) 160).

⁴⁴ Antwerpen 19 december 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Rb. Oost-Vlaanderen 15 april 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Rb. Oost-Vlaanderen 13 november 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).

⁴⁵ Rb. Oost-Vlaanderen 3 maart 2017, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer). Een belangrijke caveat is dat voorgaande redenering wel opgaat wanneer de rechter vaststelt dat de overeenkomst niet tot stand is gekomen (*cf.* randnr. 2).

⁴⁶ Antwerpen 19 december 2016, *TBO* 2017, 261.

⁴⁷ Antwerpen 23 maart 2017, *TBO* 2017, 264.

⁴⁸ In dezelfde zin: I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Recente ontwikkelingen in het burgerlijk bewijsrecht” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging. 22ste VRG-Aumnidag 2015*, Maklu, Antwerpen, 2015, (55) 73-74.

kon zijn. De invoering van de wet elektronische handel (thans Boek XII WER) had juist tot doel om een versoepeling van het klassieke contractenrecht door te voeren voor bepaalde elektronische overeenkomsten.⁴⁹ Het zou absurd zijn dat die wet tot een verstrenging van het klassieke contractenrecht leidt voor overeenkomsten die zijn uitgesloten van het toepassingsgebied.⁵⁰ Ten tweede zou de systematische afwijzing van e-mails als begin van bewijs door geschrift een schending uitmaken van art. 46 van verordening 910/2014. Deze bepaling bevat een zogenaamd non-discriminatiebeginsel. Het luidt dat het rechtsgevolg van een elektronisch document (e-mail) en de toelaatbaarheid ervan als bewijsmiddel in een gerechtelijke procedure niet mag worden ontkend louter op grond van het feit dat het document elektronisch is.⁵¹

Een nog belangrijker argument is dat de vereiste van een geschrift in de zin van art. 1347 BW eigenlijk geen uitstaans heeft met art. XII.15 of XII.16, 1° WER. Art. XII.15 WER stelt een versoepeling in ten aanzien van wettelijke bepalingen die een akte of geschrift in de zin van een papieren document als vormvereiste opleggen. Art. 1347 BW maakt daarentegen een wettelijk voorschrift uit waarvoor de mate-[242]-riële drager nooit een rol heeft gespeeld⁵², zodat de versoepeling niet van tel en zelfs overbodig is.⁵³

a) Voorwaarden

13. Het hier verdedigde standpunt betekent natuurlijk niet dat ieder e-mail- of sms-bericht automatisch in aanmerking komt als begin van bewijs door geschrift bij de verkoop van onroerend goed. De rechter zal telkens nauwgezet moeten nagaan of voldaan is aan drie voorwaarden die art. 1347 BW voorschrijft. Ten eerste moet het gaan om een geschrift. Ten tweede moet het uitgaan van de persoon tegen wie men wil bewijzen. Ten derde moet het geschrift het te bewijzen feit waarschijnlijk maken.

14. Zoals hierboven reeds vermeld (*cf.* randnr. 12), hoeft “*een geschrift*” in de zin van art. 1347 BW niet noodzakelijk een papieren document te zijn (met uitsluiting van andere materiële dragers). Elk soort materiële drager komt in aanmerking.⁵⁴ Sommige auteurs verwijzen nog

⁴⁹ MvT bij Wetsontwerp betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, *Parl. St.* 2002-03, nr. 2100/001, 9.

⁵⁰ I. SAMOY EN A. HOUTMEYERS, “Over de verkoop van een onroerend goed via e-mail of sms: bewijs en precontractuele aansprakelijkheid” (noot onder Gent 26 september 2013 en Antwerpen 24 juni 2013), *T.Not.* 2014, (327) 334-335, nr. 6; E. TERRY EN J. GODDAER, “Boek XII. Recht van de elektronische economie” in E. TERRY EN B. KEIRSBILCK (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (303) 326-327, nr. 49.

⁵¹ G. SOMERS en B. FITEN, “Geen e-mail om huis te (ver)kopen. Veel heisa om niets”, *Juristenkrant* 2017, afl. 346; 13.

⁵² Vgl.: Art. 1347 BW zou geenszins de voorwaarde inhouden dat een papieren document voorhanden zou moeten zijn (Gent 26 september 2013, *RW* 2014-15, 258, noot S. MEYS, *TBBR* 2014, 116, noot J. CALLEBAUT, *T.Not.* 2014, 351, noot I. SAMOY EN A. HOUTMEYERS, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2).

⁵³ In dezelfde zin: P. VAN DEN DRIESCHE en M. BARCHID, “Het elektronisch bewijs”, *Abex News* 2013, afl. 206, 18.

⁵⁴ Voor rechtspraak, zie Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer); Gent 26 september 2013, *RW* 2014-15, 258, noot S. MEYS, *TBBR* 2014, 116, noot J. CALLEBAUT, *T.Not.* 2014, 351,

naar de voorwaarde dat een papieren document kan worden gegenereerd waaruit de elektronische transactie blijkt (bv. een e-mail afdrukken of een lijst van de telefoonoperator opvragen).⁵⁵ In een vonnis van 10 april 2012 beschouwt de rechtbank van eerste aanleg te Gent de vaststelling dat een sms niet kan worden uitgeprint echter als niet relevant.⁵⁶

15. Om te voldoen aan de tweede voorwaarde, “*uitgaan van de persoon tegen wie men wil bewijzen*”, is een handtekening of een eigen handschrift van de andere partij niet vereist.⁵⁷ Hierbij is het vooral belangrijk dat die partij erkent dat hij de e-mail of het sms-bericht heeft verstuurd. In het andere geval kan deze voorwaarde aanleiding geven tot discussie. Zo waarschuwt een auteur ervoor dat het eenvoudig is om via internet een sms te versturen, van eender welk nummer, zonder medeweten van de eigenaar van het nummer.⁵⁸ Daarnaast is het in bepaalde omstandigheden niet ondenkbaar dat iemand anders met het gsm-toestel van een partij een sms heeft verstuurd.⁵⁹ Die vaststellingen brengen MOUGENOT tot het besluit dat een sms enkel een begin van bewijs kan uitmaken wanneer de herkomst en inhoud niet ter discussie staat. Indien er wel twijfel bestaat, laat de afwezigheid van garanties met betrekking tot de identificatie van de afzender volgens hem niet toe om een sms als een begin van bewijs door geschrift te beschouwen.⁶⁰ Dat standpunt is misschien iets te verregaand. Niettemin zal de rechter telkens *in concreto* moeten nagaan of het voldoende zeker is dat het bericht verstuurd is door de persoon tegen wie men wil bewijzen.⁶¹

Daarnaast kan ook een geschrift uitgaande van de lasthebber tegen de lastgever als begin van bewijs door geschrift worden ingeroepen.⁶² Binnen het kader van de verkoop van onroerende goederen duiken twee scenario's op.

noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2; Rb. Gent 10 april 2012, *TBO* 2012, (158) 160. Voor rechtsleer, zie B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 222, nr. 222 en A. DE BOECK en H. GEENS, “De bewijsmiddelen en hun hiërarchie, de bewijslastverdeling en de inpassing van e-commerce anno 2008: Geruisloze overgang van oud naar nieuw?” in A. DE BOECK, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Het vermogensrechtelijke bewijsrecht vandaag en morgen*, Brugge, Die Keure, 2009, 90.

⁵⁵ R. BISCARI, “Het bewijs in de elektronische context”, in X., *Elektronische handel – Juridische en praktische aspecten*, Heule, UGA, 2004, 264.

⁵⁶ Rb. Gent 10 april 2012, *TBO* 2012, (158) 160.

⁵⁷ D. MOUGENOT, *La preuve in Rép.not., IV, Les obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 150-152, nr. 62 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 182, nr. 250.

⁵⁸ B. SAMYN, “Een sms is maar een begin van bewijs door geschrift”, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2.

⁵⁹ J. CALLEBAUT, “Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning” (noot onder Gent 26 september 2013), *TBBR* 2014, (120) 121, nr. 12.

⁶⁰ D. MOUGENOT, “La preuve et les technologies nouvelles” in B. FOSSÉPREZ en A. PUTZ (eds.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthemis, 2013, (161) 173, nr. 17.

⁶¹ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 931, nr. 432. Zo vermeldt CALLEBAUT dat een partij die beweert dat ze een bericht niet zelf heeft verzonden, de persoon moet kunnen aanwijzen aan wie ze haar gsm-toestel had uitgeleend (J. CALLEBAUT, “Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning” (noot onder Gent 26 september 2013), *TBBR* 2014, (120) 121, nr. 12).

⁶² Antwerpen 16 maart 2009, P&B 2010, 74; Cass. 14 oktober 1965, Pas. 1966, I, 206.

Ten eerste is een bericht vaak slechts afkomstig van één persoon, terwijl er in werkelijkheid een koppel of echtpaar bij de transactie betrokken is. De vraag rijst dan of het bericht ook toerekenbaar is aan de andere persoon. Ten aanzien van derden is de lastgeving een rechtsfeit dat ze met alle middelen van recht kunnen bewijzen. Aldus kan de rechter een stilzwijgende lastgeving afleiden uit de inhoud van de sms-berichten.⁶³ Dat was bijvoorbeeld het geval in een uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen van 8 april 2016. Uit de inhoud van de hiervoor aangehaalde berichten die werden verzonden vanop het nummer van de vrouwelijke helft van een echtpaar, leidt de rechtbank af dat zij daarin niet alleen voor zichzelf sprak, maar ook in naam en voor rekening van haar partner. De berichten in kwestie waren opgesteld in het meervoud en alleszins één bericht werd ook uitdrukkelijk afgesloten met hun beide voornamen.⁶⁴

Ten tweede is het mogelijk dat een partij een beroep wil doen op een e-mail afkomstig van de notaris van de andere [243] partij. Verbintenisrechtelijk is het mogelijk dat de ene notaris het goed verkoopt als vertegenwoordiger van de verkoper en de andere notaris het goed koopt als vertegenwoordiger van de koper.⁶⁵ In die hypothese kunnen hun e-mails een begin van bewijs door geschrift uitmaken. Toch is dat niet altijd het geval. In een geschil over de vermeende verkoop van een onroerend goed wil een koper zich op een viertal e-mails steunen die werden uitgewisseld tussen de notarissen. Hij beweert dat uit die e-mails blijkt dat de notaris lasthebber was van de verkoper en dat deze moeten worden beschouwd als een begin van bewijs door geschrift. Het hof van beroep te Gent wijst die zienswijze van de hand. De notaris had van de verkoper enkel de opdracht gekregen zijn medewerking te verlenen aan de voorbereiding van een ontwerp van verkoop- en aankoopbelofte. De betrokken partijen zouden deze naderhand al dan niet hebben ondertekend. Er is geen enkel bewijs dat de notaris een mandaat had om de verkoper (onherroepelijk) te verbinden met betrekking tot de verkoop van haar woning aan de koper.⁶⁶

16. Het al dan niet vervuld zijn van de derde voorwaarde, “*het waarschijnlijk maken van het te bewijzen feit*”, is volledig afhankelijk van de concrete inhoud van de betwiste e-mail of het kwestieuze sms-bericht. In dat verband is het niet voldoende dat het feit mogelijk lijkt. Het moet een schijn van waarheid bevatten.⁶⁷ De tegenpartij zal dus uitdrukkelijk moeten te kennen geven met de verkoopovereenkomst van het onroerend goed te willen instemmen. Zo beslist

⁶³ J. CALLEBAUT, “Een sms kan het bewijs leveren van de verkoop van een woning” (noot onder Gent 26 september 2013), *TBBR* 2014, (120) 122, nr. 15.

⁶⁴ Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, *** (zie verder in dit nummer).

⁶⁵ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, die Keure, 2005, 121, nr. 165; S. VAN LOOCK, “Commentaar bij art. 1984 BW” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, nr. 72.

⁶⁶ Gent 1 oktober 2015, *Res Jur.Imm.* 2016, 133, noot W. HERMANS en M. VAN RAEMDONCK en *T.Not.* 2016, 300, noot W. HERMANS. Zie ook Rb. Brugge 24 maart 1997, *T.Not.* 1998, 54: Dit geschrift kadert aldus in de onderhandelingen tussen partijen, zodat niet met zekerheid kan worden aangenomen dat het compromis, gevoegd bij dit schrijven, uitgaat van de eigenaars en niet van de notaris zelf via dewelke de onderhandelingen werden gevoerd.

⁶⁷ Cass. 18 september 2015, AR C.14.0488.F, *RW* 2016-17, 1059, *TBO* 2016, 518, met eensuidende conclusie van J. LECLERCQ die verwijst naar Cass. 24 mei 1962, *Pas.* 1962, I, 1078.

het hof van beroep te Antwerpen in een arrest van 5 september 2016 dat gelet op het bijzonder summiere karakter van de vermeldingen in de kwestieuze mails het onwaarschijnlijk lijkt dat de kandidaat-kopers zich daadwerkelijk hadden willen verbinden voor de aankoop van het onroerend goed.⁶⁸ De rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen komt in een vonnis van 13 november 2015 tot een gelijkaardige vaststelling. De rechtbank beslist dat een e-mailbericht van de vermeende koper aan de makelaar niet kan worden aanvaard als begin van bewijs door geschrift, aangezien de draagwijdte van dit mailbericht niet duidelijk is.⁶⁹

b) Aangevuld met getuigen en vermoedens

17. Wanneer een begin van bewijs door geschrift voorligt, moet een partij dit nog aanvullen door getuigen en vermoedens. Het begin van bewijs door geschrift op zich volstaat niet als bewijsmiddel. Het vormt een vertrekpunt.⁷⁰ Het komt aan de feitenrechters toe om te oordelen of een begin van bewijs voldoende is aangevuld.

Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Limburg van 5 januari 2017 vormt een eerste voorbeeld waarin er sprake is van een voldoende aanvulling met getuigen en vermoedens. In die zaak houdt de rechtbank rekening met het niet-betwiste feit dat de vermeende kopers nog een keer de woning hebben bezichtigd; het niet-betwiste feit dat ze goederen hebben geplaatst op het betrokken terrein (wat zeer ongebruikelijk is indien men louter een kandidaat-koper is), met diverse e-mails van de kandidaat-verkopers waarin zij er duidelijk van uitgaan dat er een koop-verkoopovereenkomst was gesloten, met de verklaring van een derde dat de poortopener van het terrein door één van de verkopers aan de kopers en hun zoon werd overhandigd (waarbij de rechtbank opmerkt dat het bij een loutere bezichtiging te verwachten valt dat de verkoper de afstandsbediening niet afgeeft maar wel bij zich houdt en mee de rondgang doet met de kandidaat-koper).⁷¹ Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen vormt een tweede voorbeeld van een succesvolle aanvulling. In die zaak stelt de rechtbank vast dat het begin van bewijs door geschrift wordt aangevuld door de navolgende berichten die de partijen hebben uitgewisseld, en waaruit blijkt dat reeds contacten werden gelegd met “*de notarissen*” teneinde de authentieke akte te verlijden.⁷²

⁶⁸ Antwerpen 5 september 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer). Het hof wijst erop dat noch het voorstel van de kopers, noch de reactie van de verkopers, alle verkoopvoorwaarden bevatte. Er werd immers niet gesproken over een controleverslag van de elektrische installatie, een EPC-attest, bodemattest, keuring van de mazouttank, stedenbouwkundige voorschriften, eventuele erfdienstbaarheden, enz.

⁶⁹ Rb. Oost-Vlaanderen 13 november 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer). Het gaat om een bericht met de volgende inhoud: “*Ik wens meer info te ontvangen over het pand: Ref. 1430894: Heuvel 9260 Wichelen Schellebelle wij willen via deze een nieuw bod uitbrengen met het bedrag van 350.000 euro hopende op een antwoord mvg*”. Volgens de rechtbank verzoekt de vermeende koper om meer info betreffende het pand. Dit kan evengoed begrepen worden als: “*als de verkoper akkoord zou gaan met de prijs van 350.000 euro, denk ik er verder over na.*”

⁷⁰ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 920, nr. 416.

⁷¹ Rb. Limburg 5 januari 2017, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).

⁷² Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).

Daarnaast zijn er ook uitspraken te vinden waarin een partij er niet in slaagt om het begin van bewijs aan te vullen met getuigen en vermoedens. Dat is het geval in het arrest van het hof van beroep te Gent van 26 september 2013. In die zaak dateren de overige sms-berichten van vóór het sms-bericht waarin de verkopers akkoord gaan met het tegenbod van de eerste kandidaat-koper. Nadien was er geen briefwisseling, sms- of mailverkeer waaruit het bestaan van die wilsovereenstemming blijkt.⁷³ Een ander voorbeeld is een vonnis van de recht-[244]-bank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen van 22 mei 2015. In dit geschil is er weliswaar navolgende correspondentie tussen partijen, maar is deze onvoldoende als bewijs van de wilsovereenstemming tussen partijen over de verkoop van het pand.⁷⁴

B. E-mail met gescand document als bijlage

18. In sommige gevallen zal de verkoper per e-mail een scan van een getekend bod van de koper ontvangen. De verkoper tekent op zijn beurt het document voor aanvaarding van het bod en stuurt een scan terug naar de koper. In die hypothese is het cruciaal om te achterhalen of het document met de gescande handtekeningen in aanmerking komt als een schriftelijk bewijs in de zin van het gereguleerde bewijsstelsel. Een aantal Belgische auteurs menen dat dit effectief het geval is.⁷⁵

Een eerste belangrijke vaststelling is dat een gescande handtekening in feite een elektronische handtekening uitmaakt. Het verliest die hoedanigheid niet door het feit dat ze op een papieren document wordt weergegeven.⁷⁶ Over de gescande handtekening beslist het Hof van Cassatie in een arrest van 3 augustus 2016 dat “*het aan de rechter staat de bewijswaarde van de elektronische handtekening te beoordelen en dus na te gaan of er voldoende waarborgen zijn of hij wiens ingescande handtekening is vermeld op de beslissing daadwerkelijk de beslissing ook heeft ondertekend.*”⁷⁷ Met die beslissing plaatst het Hof zich op dezelfde lijn als de Raad van Staat als cassatierechter tegen beslissingen van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen.⁷⁸ Tegelijk volgt het daarmee de zienswijze van een aantal auteurs.⁷⁹

⁷³ Gent 26 september 2013, *RW* 2014-15, 258, noot S. MEYS, *TBBR* 2014, 116, noot J. CALLEBAUT, *T.Not.* 2014, 351, noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS, *Juristenkrant* 2013, afl. 276, 2.

⁷⁴ Er ligt slechts één mail voor van de kandidaat-koper aan de makelaar, als antwoord op de mail van de makelaar van 10 juni 2013, waarin de makelaar de kandidaat-koper verzoekt om nog een aantal bijkomende gegevens mee te delen zoals zijn volledige naam, woonplaats, geboorteplaats, -datum, rijksregisternummer en identiteitskaartnummer en waarop de koper antwoordt dat “*ik excuseer mij maar ik kan nog niet komen uit buitenland wegens mijn werk*” (Rb. Oost-Vlaanderen 22 mei 2015, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer)).

⁷⁵ G. SOMERS en B. FITEN, “Geen e-mail om huis te (ver)kopen. Veel heisa om niets”, *Juristenkrant* 2017, afl. 346; 13.

⁷⁶ Arbh. Brussel 11 oktober 2013, *JT* 2014, 62, *JTT* 2014, 26 en *RDTI* 2014, 115, noot J. HUBIN. ZIE OOK D. MOUGENOT, “La preuve et les technologies nouvelles” in B. FOSSÉPREZ en A. PUTZ (eds.), *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques*, Limal, Anthémis, 2013, (161) 161-162, nr. 2.

⁷⁷ Cass. 3 augustus 2016, AR P.2016.0862.N.

⁷⁸ RvS 24 september 2010, nr. 207.655, *TBP* 2011, 172.

⁷⁹ J. FUNCK, “Prescription et délai raisonnable en sécurité sociale: questions d’actualité”, in *Questions spéciales de droit social. Hommage à Michel Dumont*, Larcier, Brussel, 2014, 192-193; E. MONTERO, “La signature

In theorie is het dus nooit op voorhand met zekerheid vast te stellen of een feitenrechter een gescande handtekening zal aanvaarden. Art. 1322, tweede lid BW bepaalt immers dat een gewone elektronische handtekening “kan” voldoen aan de vereiste van een handtekening. Toch is bijzonder weinig rechtspraak te vinden over deze bepaling. Dat laat vermoeden dat feitenrechters gescande handtekeningen meestal zonder meer aanvaarden.

Een uitzondering is een arrest van het Arbeidshof te Brussel van 14 februari 2014. In die zaak staat een gescande handtekening ter discussie die is aangebracht op een aangetekende brief van een aangestelde van een sociaal verzekeringsfonds. Het Arbeidshof oordeelt dat het moet onderzoeken of de gescande handtekening toelaat om de ondertekenaar te identificeren, zijn instemming vast te stellen en de integriteit van het document te waarborgen.⁸⁰ In deze zaak beslist het Arbeidshof dat dit het geval is. Het volgt op zekere wijze uit de aangeleverde gegevens dat de handtekening wel degelijk deze is van een aangestelde van het verzekeringsfonds en dat zij effectief heeft ingestemd met de inhoud van de brief. Daardoor kan de integriteit van de brief niet meer in vraag worden gesteld.⁸¹

19. Daarnaast kan art. XII.16, 1° WER die bij de overdracht van onroerende goederen de functionele gelijkwaardigheid van elektronische geschriften uitschakelt, opnieuw roet in het eten gooien. Indien een rechter art. XII.16, 1° WER op strenge wijze zou toepassen, kan hij een geschrift met een gescande handtekening weigeren als bewijs. Aangezien art. XII.15, § 2, tweede streepje WER zowel verwijst naar art. 1322 BW als naar art. 3, 12° van de verordening 910/2014 zou hij dat zelfs voor een gekwalificeerde elektronische handtekening kunnen doen.

We kunnen ons ernstige vragen stellen bij die zienswijze. Zoals reeds hoger vermeld (*cf.* randnr. 12), was het doel van de wet elektronische handel juist om een versoepeling teweeg te brengen voor bepaalde elektronische overeenkomsten. Daarom heeft art. XII.15 WER een ruimer toepassingsgebied gekregen dan de letterlijke bewoordingen van de wet. Men past de bepaling niet alleen toe op de vormvereisten in verband met de totstandkoming, maar ook op de vormvereisten in verband met het bewijs. Dergelijke ruime interpretatie valt te verdedigen voor art. XII.15 WER, maar niet voor art. XII.16 WER. Een ruime interpretatie van art. XII.16 WER zou volledig ingaan tegen de *ratio legis*, zodat het aanbeveling verdient om die bepaling beperkend te interpreteren.⁸² Daarnaast kunnen we andermaal de bedenking maken dat ook bij een gescande handtekening een beroep op boek XII WER niet absoluut noodzakelijk is, omdat art. 1322, tweede lid BW toelaat om zowel een elektronische handtekening als een elektronisch geschrift te erkennen.

électronique au banc de la jurisprudence”, *DAOR* 2011, 231; P. VAN EECKE, “Juridische aspecten van de elektronische handtekening” in *CBR Jaarboek 2010-2011*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (97) 149, nr. 36 en 150, nr. 38.

⁸⁰ Arbh. Brussel 11 oktober 2013, *JT* 2014, 62, *JTT* 2014, 26 en *RDTI* 2014, 115, noot J. HUBIN.

⁸¹ Arbh. Brussel 14 februari 2014, *RDTI* 2014, 115 en 119, noot J. HUBIN.

⁸² E. TERRYEN EN J. GODDAER, “Boek XII. Recht van de elektronische economie” in E. TERRYEN EN B. KEIRSBILCK (eds.), *Het Wetboek van economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (303) 326-327, nr. 49.

C. Bevestiging via e-mail of sms-bericht

20. Soms kan een e-mail of sms-bericht de bevestiging inhouden van een eerder gesloten overeenkomst. De e-mail of sms houdt dan niet de wilsovereenstemming zelf in, maar is opgesteld op een later tijdstip. De beweerde overeenkomst is reeds tot stand gekomen en een e-mail of sms-bericht bevestigt dat op ondubbelzinnige wijze. Daardoor komen die berichten in aanmerking als een buitengerechtigde bekentenis, wat een ander mechanisme is dat toelaat om de regel van art. 1341 BW te omzeilen.

De bekentenis is één van de vijf bewijsmiddelen die wettelijk geregeld is in het Burgerlijk Wetboek. Het houdt de eenzijdige bevestiging in door een partij van de juistheid van een feit dat men tegen haar inroept of dat ten aanzien van haar rechtsgevolgen kan hebben (art. 1354 tot 1356 BW).⁸³ Een partij doet die erkenning ook al heeft zij er juist belang bij dat feit te ontkennen. Een bekentenis kan gerechtelijk of buitengerechtigd zijn. Ze is gerechtelijk wanneer men ze aflegt ten aanzien van de rechter in het geding dat betrekking heeft op het feit waarover de bekentenis gaat. Alle andere bekentenissen gelden als buitengerechtigd.⁸⁴

21. Een rechter kan een e-mail beschouwen als een buitengerechtigde bekentenis, omdat deze rechtsfiguur aan geen enkele vormvereiste is onderworpen. Ze kan schriftelijk of mondeling gebeuren, uitdrukkelijk of stilzwijgend.⁸⁵ Het is niet vereist dat er tussen de partijen een reeds ontstane en actuele betwisting bestaat.⁸⁶ Bovendien is ook het intentioneel element van de buitengerechtigde bekentenis verlaten. Een partij die een bekentenis aflegt, moet niet de bedoeling hebben om aan de tegenpartij een bewijs te verschaffen.⁸⁷

Wel moet het vaststaan dat bekentenis uitgaat van de persoon tegen wie ze wordt ingeroepen.⁸⁸ De tegenpartij mag dus niet ontkennen dat ze de e-mail heeft verstuurd. Daarnaast is het – zoals reeds eerder vermeld – belangrijk dat de bekentenis plaatsvindt na de totstandkoming van de rechtshandeling.⁸⁹ Daarom weigert het hof van beroep te Antwerpen in de arresten van 24 juni

⁸³ Zie ook Antwerpen 19 december 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).

⁸⁴ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 856, nr. 316; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 159, nr. 301; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 1065, nr. 1007; B. SAMYN, “De bewijslast: Rechtsleer getoetst aan 10 jaar Cassatierechtspraak (Deel 1)”, *P&B* 2010, (3) 12, nr. 30; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Brussel, Larcier, 1991, 307, nr. 683.

⁸⁵ B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 175, nr. 324; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, II, Brugge, Die Keure, 2009, 177, nr. 242.

⁸⁶ Cass. 1 juni 2007, *TGR-TWVR* 2007, 317, noot; Cass. 20 december 2007, *Pas.* 2007, 2418, *RW* 2009-10, 955, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH.

⁸⁷ Cass. 23 januari 2012, *Pas.* 2012, 184, *JLMB* 2013, 913 en *RW* 2013-14, 1099; Cass. 25 mei 2009, *Arr.Cass.* 2009, 1379; *Pas.* 2009, 1271; *JLMB* 2010, 1305; *JTT* 2009, 34; Cass. 20 december 2007, *Pas.* 2007, 2418, *RW* 2009-10, 955, *TBBR* 2008, 452, noot L. VAN VALCKENBORGH.

⁸⁸ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 353, nr. 883.

⁸⁹ Cass. 26 september 2016, *AR C.16.0027.N.*

2013 en 19 december 2016 om een e-mailbericht als een buitengerechtelijke bekentenis te beschouwen.⁹⁰

Ten slotte is het vermeldenswaardig dat het gebruik van het begrip bevestiging in een e-mail of sms-bericht niet automatisch leidt tot het besluit dat er sprake is van een buitengerechtelijke bekentenis. Dat blijkt uit een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen van 15 april 2016. Ter discussie staat een e-mailbericht van een kandidaat-koper aan de makelaar met de volgende inhoud: “*Hierbij bevestig ik het bod van 345 000 EUR waarmee we ingaan op het voorstel van de verkoper, incl. de tuinmeubelen*”. De rechtbank te Oost-Vlaanderen is van oordeel dat het enkele woord “bevestiging” niet noodzakelijk een eerdere wilsovereenstemming en afgesloten akkoord impliceert.⁹¹

III. Verkoop door vastgoedpromotor

22. Er geldt een verschillend bewijsregime wanneer een particulier en een vastgoedpromotor een koopovereenkomst afsluiten dan wanneer twee particulieren een overeenkomst aangaan. Een vastgoedpromotor valt onder het bewijsregime in handelszaken. In dit stelsel is de regel van de voorrang van het geschrift, neergelegd in art. 1341 BW, niet van toepassing. Toch geldt dit vrije bewijsstelsel niet onverkort bij de verkoop van een onroerend goed door de vastgoedpromotor aan de particulier, want de particulier is geen handelaar. Er is dus sprake van een gemengde rechtshandeling tussen een handelaar en een niet-handelaar.⁹²

In dat geval bepaalt de aard van de verbintenis in hoofde van de persoon jegens wie het bewijs moet worden geleverd het toepasselijke bewijsregime. Eenvoudiger uitgedrukt: als de handelaar moet bewijzen tegen de niet-handelaar, geldt het gereglementeerd bewijs van art. 1341 BW e.v.; als de niet-handelaar moet bewijzen tegen de handelaar, geldt het vrij bewijs.⁹³

In een arrest van 7 januari 2014 bevestigt het hof van beroep te Antwerpen die zienswijze: “*Aangezien de beweerde overeenkomst in hoofde van de geïntimeerde een handelsrechtelijk karakter heeft, mogen de appellanten aan die bewijslast vol-[246]-doen volgens de vrije bewijsregeling die krachtens artikel 25 W. Kh. geldt in handelszaken, dit wil zeggen door alle middelen van recht, getuigen en feitelijke vermoedens inbegrepen.*”⁹⁴

Besluit

⁹⁰ Antwerpen 19 december 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer); Antwerpen 24 juni 2013, *T.Not.* 2014, 345, noot I. SAMOY en A. HOUTMEYERS.

⁹¹ Rb. Oost-Vlaanderen 15 april 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).

⁹² J.-L. BALLON, *Bewijs in handelszaken*, Gent, Story Publishers, 2011, 28-29; B. CATTOIR, *Burgerlijk Bewijsrecht* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2013, 468, nr. 853; B. SAMYN, *Privaatrechtelijk Bewijs, een diepgaand ;en praktisch overzicht*, Gent, Story-Publishers, 2012, 40-41, nr. 13.

⁹³ B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY en W. VANDENBUSSCHE, “Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht 2000-2013”, *TPR* 2015, (597) 919, nr. 414.

⁹⁴ Antwerpen 7 januari 2014, *RW* 2014-15, 588.

23. Besluiten doen we met de vaststelling dat de beschikbare rechtspraak waarop dit overzicht steunt, in ieder geval een verdeeld beeld laat zien. De grootste bewijsrechtelijke tweespalt betreft de vraag of e-mails of sms-berichten in aanmerking komen als begin van bewijs door geschrift. Wij verdedigen dat dit het geval is, mits ze aan de drie voorwaarden uit art. 1347 BW voldoen.

Daarnaast is het opvallend dat feitenrechters een verschillende invulling geven aan art. XII.15 en XII.16, 1° WER. De bepalingen lenen zich echter ook voor meerdere interpretaties. Door dat kluwen riskeren we ons te verliezen in doorgedreven juridisch-technische redeneringen die ons mijlenver wegbrengen van de rol die het bewijsrecht eigenlijk zou moeten spelen. Een overdreven formalisme neemt de bovenhand op juridisch pragmatisme.

Een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Oost-Vlaanderen van 15 april 2016 illustreert dat bijna tot in het absurde. Aanleiding van de zaak is de afdruk van een sms-bericht dat verzonden is door de kopers aan de verkopers met de volgende inhoud: *“Mag ik soms vragen wie jullie notaris is? En zou u een bevestiging kunnen doorsturen via mail dat u het bod aanvaardt? Dat we toch iets van zekerheid hebben.”* De rechtbank stelt vast dat de verkopers zich beroepen op de hiervoor aangehaalde sms-berichten als begin van bewijs door geschrift. De rechtbank stoot voor de eerste keer op art. XII.15 en XII.16, 1° WER. *“Evenwel zijn transacties aangaande rechten op onroerende goederen uitgesloten van de mogelijkheid om langs elektronische weg tot stand te komen of door elektronische middelen te worden bewezen.”* Indien de overeenkomst aangaande de overdracht van een onroerend goed niet tot stand kan komen langs elektronische weg, kan zij principieel nog steeds langs mondelinge weg tot stand komen. In dat geval dienen zij een begin van schriftelijk bewijs te kunnen voorleggen. De rechtbank botst voor de tweede keer op art. XII.15 en XII.16, 1° WER, omdat *“het een contradictie is enerzijds het verbod op de totstandkoming van een vastgoedovereenkomst langs elektronische geschriften vast te leggen en vervolgens dergelijke geschriften toe te laten als bewijs van deze zelfs vastgoedovereenkomst maar dan als mondelinge overeenkomst.”* Volgens de rechtbank heeft dat geen enkele zin. Een onderhandse schriftelijke of een mondelinge vastgoedovereenkomst zijn in wezen hetzelfde. Ze zijn volkomen vastgoedovereenkomsten die enkel de vorm van de overschrijfbaarheid bij de hypotheekbewaarder ontberen. Een onderscheid maken tussen twee juridisch gelijke figuren is zoeken naar het geslacht der engelen.

Aansluitend stelt de rechtbank de vraag of een overeenkomst dan nog überhaupt “schriftelijk tot stand komt”. *“Het Burgerlijk Wetboek beschrijft evenwel geen zuiver consensueel stelsel, maar onderwerpt de totstandkoming van de overeenkomst bijkomend aan de uiting van de wil.”* Dit houdt in dat moet nagegaan worden hoe de wil van de kopers, verweerder, tot uiting werd gebracht. Volgens de rechtbank staat vast dat dit niet mondeling gebeurde, maar in de vorm van de voorgelegde sms-berichten. *“De sms-berichten dienen dus a priori aanzien te worden als kennisgevingen in de zin van art. 2281 BW. Zij schenden evenwel de voorwaarden van dit artikel en kunnen dus geen geldige kennisgevingen uitmaken.”* In dat geval ware de overeenkomst trouwens schriftelijk tot stand gekomen in de vorm van de gezegde sms-berichten, waaromtrent geen twijfel bestaat dat dit werkelijk niet kan. Nu de sms-berichten dus uitdrukkelijk niet de wilsuiting omvatten die de overeenkomst tot stand heeft doen komen, stelt

de rechtbank de vraag waar de – zelfs stilzwijgende – wilsuiting dan tot bewezen uitdrukking komt.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de mogelijke interpretaties van artikelen 1347 *jo.* 2281 BW *jo.* art. XIII.16.1^o WER. Aangezien sommige auteurs uitdrukkelijk verwijzen naar de afdrukbaarheid, leidt hij daaruit af dat ze menen dat een SMS geen geschrift kan uitmaken in de zin van art. 1347 BW. De vereiste van afdrukbaarheid refereert alleszins en ondubbelzinnig aan art. 2281 BW, “*wat een impliciete bevestiging inhoudt dat het elektronisch bericht in kwestie een kennisgeving ofte uitdrukking van de wil uitmaakt, wil welke uitdrukking de overeenkomst tot stand doet komen.*” Een sms voldoet niet aan de geldigheidsvereisten van de kennisgeving en dus evenmin van de uitdrukking van de wil.

De rechtbank besluit dat de openstelling van de bewijsvoering van vastgoedovereenkomsten die via elektronische weg tot stand komen door toepassing van art. 1347 BW, openstelling die in rechtspraak en talrijke rechtsleer wordt aangegeven, leidt tot een paradoxaal resultaat in de mate de vastgoedovereenkomst niet tot stand komt – door uitwisseling van geschriften – wanneer een voorstel tot contracteren over een onroerend goed wordt overgemaakt per e-mail en de bestemming deze e-mail beantwoordt per mail. Dat is uitdrukkelijk verboden. De vastgoedovereenkomst wél tot stand komt wanneer de bestemming deze e-mail beantwoordt per sms, precies omdat een sms niet kan worden afgedrukt en dus geen akte uitmaakt: dit is strijdig met het uitgangspunt van de redenering gebaseerd op art. 1347 BW.

Ten slotte mag ook de slotbeschouwing van de rechtbank niet ontbreken: *Een logische redenering die tot een paradoxaal, zelfs een met het uitgangspunt strijdig resultaat leidt, schendt de wetten van de logica zelf. Het feit dat van een sms een foto kan gemaakt worden, desgevallend door middel van een fotokopiemachine, maakt van de sms nog geen geschrift. Van een landschap kan ook een foto gemaakt worden, net zoals dit van een schriftelijke overeenkomst kan gemaakt worden. Een foto verandert de aard van het gefotografeerde niet.*”⁹⁵

⁹⁵ Rb. Oost-Vlaanderen 8 april 2016, *TBO* 2017, **** (zie verder in dit nummer).